

Cautelares e Liminares no Campo Econômico

*Prof. Sidnei Agostinho Beneti
Professor de Direito Processual Civil da
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e
Juiz do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo*

- 1- Inicialmente, gostaria de confessar que nunca tive oportunidade de me dirigir a ouvintes tão ilustres. Sinto, realmente, o peso da responsabilidade. Responsabilidade que, ainda aumenta, ao meu ver, com muita humildade, a partilhar a exposição do tema com os eminentes professores Celso Agrícola Barbi e Adroaldo Fabrício, ambos meus mestres.
- 2 - Cautelares, liminares e matéria econômica. Aqui temos um “coquetel” de furacões do Direito Nacional na atualidade, um desses vértices para os quais acorrem as angústias da população necessitada da justiça e também as angústias do profissional Juiz diante dos problemas por solucionar com urgência. Porque a situação do Direito Econômico Nacional, ou das questões econômicas nacionais “lato sensu”, vem exigindo do Poder Judiciário, um desdobrar-se acrobático resolvendo-se em si próprio na busca de soluções que lhe venham a permitir enfocar com a rapidez necessária as questões pelas quais a nação espera por soluções. Esse direito cautelar que é um direito nutrido da urgência, e, conseqüentemente da provisoriedade decorrente da urgência, vem a se apresentar, nos tempos atuais, verdadeiramente convulsionado, de tal forma que a urgência e a provisoriedade se transmutam em facetas da busca de satisfação imediata do direito, verdadeiro anseio da boa jurisdição. Consta de cartas internacionais sucessivas, essa necessidade de que a prestação jurisdicional seja realmente eficaz, seja rápida, seja urgente, seja imediata.
- 3 - Com as modificações que se sucedem na economia, e na sociedade nacional, como efeito da economia, temos, a jogar sobre os ombros do Poder Judiciário, enorme quantidade de questões novas pela urgência e novas pela matéria de fundo, a impor, também, a urgência. Essa urgência está atuando também no legislador, de tal forma que o legislador tanto quanto o julgador, e quanto o operador do direito, entre os quais, o Advogado, como bem sabem os experientes advogados aqui presentes. O legislador também se ressentia da mesma perplexidade diante do campo novo. O que criar para estabelecer trilhos processuais no sentido de viabilizar apreciação da urgência, e do elemento novo, com ou sem provisoriedade?



- 4 - Na verdade, o que a Nação está a cada momento exigindo mais e mais, não é apenas a urgência; é a satisfação do Direito com urgência. Não apenas a proclamação da plausibilidade do Direito, como é clássico na teoria dos provimentos cautelares, mas a urgente satisfação do direito, o que é novo. Quer dizer, problemas novos são lançados nesse momento sobre os ombros do profissional jurista. Cautelares e liminares.
- 5 - O provimento de urgência veio instrumentalizado historicamente entre nós nos tempos recentes, pelo mandado de segurança. O mandado de segurança tem sido o campo de provas da instrumentalização da urgência. Para ficar nos tempos da Lei 1533 de 1951, nós temos o mandado de segurança a sofrer alterações procedimentais na tentativa do legislador de estabelecer as próprias bases do mandado de segurança, para tentar fazer com que esse instrumento, viabilizando a urgência e viabilizando a prestação jurisdicional que se quer efetiva, também seja um instrumento que permita o controle, realmente, também, da urgência contrária, de tal forma que não seja um instrumento de destruição de Direitos que não sejam reclamados pelo impetrante.
- 6 - A idéia de contra cautela está presente nos esforços do legislador em tentar controlar um tanto o campo de cabimento do mandado de segurança. Essa idéia de contra-cautela leva ao condicionamento da providência jurisdicional sobretudo na fase mais urgente do mandado de segurança, que é a do julgamento de liminar. As liminares vêm levando o legislador a realizar várias tentativas de controle, que a legislação mostra com muita clareza. Mas as tentativas de controlar o mandado de segurança na sua liminar, na verdade não são também uma coisa recente; isso vem em tempos, bem de antes mesmo do movimento de 1964. Sempre se tentou, no Brasil, acertar o campo de cabimento do mandado de segurança para evitar que no mandado de segurança, deferida liminarmente uma providência urgente, provisória, deixe de ser instrumento de mera providência provisória, e passe a ser um instrumento de uma providência satisfativa.
- 7 - O que se tem, na verdade, é a exteriorização muito séria da crise dos instrumentos procedimentais trazidos para a nossa realidade. Os instrumentos procedimentais, fabricados lentamente pela ciência processual, estão como que sendo atropelados pela velocidade das coisas, de tal forma que é comum ouvir dizer, entre os usuários leigos da justiça, que na verdade o que se quer não é nem mandado de segurança, nem medida cautelar, nem ação ordinária, o que se quer é “uma liminar”. Há um anseio pelo direito novo, que seria o “direito da liminar”, que vai certamente, para o historiador do processo futuro balizar esses tempos angustiosos em que vivemos com a velocidade das coisas.
- 8 - No mandado de segurança é que se vieram desenvolvendo esses embriões dos impasses ligados ao chamado abuso de liminares, que surgem agora também no campo das medidas cautelares. Tais embriões ostentam vetores, muito claramente explicitados na previsão fundamental. Ao dizer, a Lei do Mandado de Segurança, no artigo 7º, inciso II, 2º parte, que se concederá a liminar, “quando for relevante o fundamento”, a lei enfatiza o direito, isto é, o direito líquido e certo, diretamente ligado à previsão fundamental do mandado de

segurança que vem da Constituição, artigo 5º da própria Lei 1533/91. Quando for relevante o fundamento, o chamado é muito mais do que na previsão da Lei do Mandado de Segurança e da Constituição federal. É aquele direito líquido e certo que vem ressaltando na reconhecida lição de Costa Manso.

- 9 - Quando for “relevante o fundamento”, quando for “líquido e certo o direito”, o impetrante de mandado de segurança certamente se julga autorizado a receber mais do que uma providência provisória; julga-se autorizado a receber o próprio direito, por ser um direito líquido e certo. Aqui está o germe das medidas satisfativas, daqui é que vem a idéia de satisfação do direito com entrega da prestação jurisdicional liminar. É por isso que espera a entrega do dinheiro que ficou bloqueado, com ofensa ao direito líquido e certo: uma provisão embutida já no dispositivo da Lei do Mandado de Segurança atinente às liminares.
- 10 - Por outro lado, quando o artigo 7º, inciso II, 2a. parte, alude à irreparabilidade do dano, pena de a concessão da medida resultar ineficaz, aqui está a provisoriedade, de tal forma que o que se pretende é que se conceda uma medida que garanta alguma coisa, que assegure uma medida de garantia, para que esta garantia venha no futuro a se realizar pela satisfação do direito.
- 11 - Temos na verdade, dois instrumentos processuais com padrões muito claros previstos no mesmo dispositivo do mandado de segurança. No artigo 7º, inciso II, a jurisprudência foi construindo lentamente o vetor fundamental de que esses dispositivos se interpretam, evidentemente, de forma entrosada, de que ambos os requisitos são necessários para a concessão do mandado de segurança. Mas quantas vezes, na complexidade das questões que surgem modernamente, não abandonamos um dos dispositivos em prol do outro? Seja pela aflição da satisfação imediata do direito, seja ante a necessidade de garantir o direito.
- 12 - O que eu quero dizer é que, na velocidade com que as coisas vêm se passando na sociedade brasileira, sobretudo no campo econômico, nós estamos um pouco além daquela célebre caracterização de que a cautelar é uma realização gradativa do direito, é uma tutela gradual. Grande parte das pretensões submetidas ao mandado de segurança, trazidas por intermédio do mandado de segurança, não é pretensão que deseje uma satisfação gradual: exige-se a satisfação realmente imediata, em homenagem à liquidez e à certeza do direito.
- 13 - É certo que a satisfação imediata do direito, pode provocar a frustração do eventual direito da administração no campo do mandado de segurança, caso o mandado de segurança venha a ser denegado, caso aquela aparência de direito no fundo se mostre inconsistente. Por isso vem a legislação a buscar instituição de mecanismos de contra-cautela e mecanismos de condicionamento da liminar do mandado de segurança.
- 14 - Mais um complicador veio a surgir nesse nosso panorama. Nesse nosso panorama em que o legislador vinha ciosamente construindo mecanismos legais de controle de eventual abuso no exercício do direito do mandado de

segurança, veio a surgir o complicador da tutela cautelar geral, do poder cautelar geral, concedido ao juiz pelo artigo 798 do Código de Processo Civil. Quando se trabalhava numa elaboração lenta em torno do mandado de segurança, o Código de Processo veio a abrir, na verdade, a porta do poder cautelar geral, de uma certa forma maior do que o do mandado de segurança, no artigo 798, atendendo a um anseio sempre crescente no reequilíbrio do direito. Ovidio Batista da Silva escreveu que se tratava de um anseio da comunidade jurídica; o eminente Ministro Sydnei Sanches laborou demonstrando a relevância desse instrumento largo de realização pronta do direito. O poder cautelar geral vem a dar a importância do poder que se veio a conceder ao magistrado na regulagem da urgência, no ataque processual da urgência, em primeiro combate à urgência. Quando surgiu essa amplitude do poder cautelar geral, houve uma transmigração de pretensões do mandado de segurança para a ação cautelar. E é natural, porque o legislador não havia ainda cuidado do condicionamento das liminares no campo da ação cautelar. Surge na experiência cotidiana em novo parente do abuso do mandado de segurança, que é o abuso de propositura da ação cautelar.

- 15 -Mas, no fundo, o fenômeno processual visa ao mesmo objetivo. Embora tenhamos, evidentemente, institutos com diversa filiação constitucional e elaboração processual diferentes, a verdade é que, no fundo, a consequência prática para quem vai bater às portas da atividade jurisdicional, acaba sendo a mesma, de maneira que forçosamente tinha de haver um certo período em que as coisas andassem mais ou menos atabalhoadas em torno da confusão desses conceitos.
- 16 -O legislador veio a estabelecer vários mecanismos de contracautela e vários mecanismos de controle da liminar do mandado de segurança desse direito, fazendo-o progressivamente. A Lei 2770 de 1956, trouxe já a restrição à concessão de liminares, referentemente a bens de procedência estrangeira. Por quê? É porque, se liberado o bem de procedência estrangeira, aquela idéia de garantia estará frustrada, estará valendo exclusivamente a idéia de satisfação; é uma medida satisfativa que pode *des-satisfazer* o direito de condicionar a entrada do bem, da mercadoria, do objeto de procedência estrangeira. De maneira que, quando se limitou a concessão de medidas liminares, por intermédio da Lei 2770, foi como se estivesse estabelecido um direito de contracautela, ou um direito de contra-mandado de segurança liminar, embutido na pretensão do mandado de segurança, ou na contra-liminar, uma nova liminar embutida no processo de segurança para garantir a administração.
- 17 -Sempre é esse o sentido das restrições legais à liminar. A Lei nº 4348 de 1964, veio a estabelecer o prazo de validade da liminar e com a novidade de permitir, no art. 4º, a suspensão da liminar do mandado de segurança, por ato do presidente do Tribunal de Justiça, no caso em que a liminar possa resultar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública”. A Lei 5021 de 1966 vedou o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, exatamente porque o dinheiro levantado por intermédio da liminar do mandado de

segurança desapareceria e não haveria como acautelar o poder público para exercer o seu direito legítimo de não realizar os pagamentos.

- 18 -A Lei 8076, de 1990, trouxe uma novidade: é uma lei que está nas anotações dos comentadores como medida provisória; foi reeditada sete vezes, de onde se vê a dificuldade legislativa de trabalhar com a matéria. Essa lei veio a suspender as liminares até 15 de setembro de 1992. E a Lei 8437 de 1992 veio a atentar para aquele fluxo de pretensões liminares que transitava, quer dizer, transmigrava, do mandado de segurança para o campo cautelar. Essa Lei 8437 de 1992 veio a estender as vedações, que já se haviam consolidado no mandado de segurança, para o campo da medida cautelar, e com algumas novidades, inclusive a suspensão pelo Presidente do Tribunal a que cabente o recurso da liminar da medida cautelar.
- 19 -Depois nova medida provisória de 93 veio convulsionar, estabelecendo a necessidade de prévia ouvida da Fazenda Pública, com prazo de 72 horas, e trazendo várias condicionantes à concessão de liminar no mandado de segurança e na ação cautelar, e mais pretensões.
- 20 -Preocupe-me em obter um projeto de lei importante, que tramita no Legislativo, o projeto da Lei Anti-Truste, que vem aí. Informou-me o gabinete do Deputado Fábio Feldman, que essa matéria devia ter entrado em votação ontem, ou ante-ontem, mas não sei se se resolveu essa matéria. Essa nova lei vem com direito de intervenção judicial nas empresas, determinada pelo CADE, vem com competência privativa da Justiça Federal, do Distrito Federal, ou do local da sede da empresa. Vem com fornecimento de característica de título executivo judicial, com execução imediata nas decisões do CADE. Quer dizer que enquanto nós estamos aqui a analisar liminares, a lei nova está em gestação e vai provocar novamente uma quantidade razoável de ações cautelares ou mandados de segurança para que venham provocar um enfrentamento da pretensões novas.
- 21 -A verdade é que há uma tentativa um tanto quanto descontrolada por vezes, cientificamente atabalhoado; uma tentativa de controlar a concessão dessas medidas que ferem fundo a auto-executoriedade dos atos administrativos por intermédio das cautelares. No campo econômico, há um mundo que é impossível controlar eficazmente as medidas liminares. Examinei um grande número de casos, pertencentes ao campo econômico e a imagem que formei a esse respeito foi exatamente aquela muito repetida, mas que é verdadeira, ou seja, a de tentar colocar de novo dentro do travesseiro as penas que dispersaram.
- 22 -O campo econômico é marcado hoje em dia por um Estado intervencionista. A tomar a caracterização do eminente Prof. Geraldo Vidigal, do direito econômico, como direito regulador dos mercados e apenas nesse sentido, temos os mercados recebendo a influência de uma sucessão de medidas governamentais e cada medida governamental, com a sua executoriedade imediata, urgente, vem a desencadear a reação também urgente dos administrados no sentido de fazer preservar os seus direitos. Por onde passa este Estado intervencionista? É uma charada que os próprios constitucionalistas não conseguiram ainda

debulhar a contento. Basta ver a previsão dos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal, que muitas vezes operam um mecanismo binário, pois, ao mesmo tempo em que se afirma a liberdade em vários segmentos da atividade econômica, proclamam-se também mecanismos fundos de intervenção na atividade econômica.

- 23 - Estamos falando apenas na atividade - vamos dizer - que lida diretamente com a moeda, que tem sido a ponta do nosso trabalho. Mas é preciso não esquecer também os mecanismos de intervenção indireta na moeda como a reforma agrária e a intervenção referentes a outros bens fora daquelas que têm sido a preocupação principal nossa nesse momento. Neste ponto, talvez tenhamos que constatar que chega ao Brasil, ou chegou ao Brasil, ainda que com um pouco de atraso, uma problemática experimentada por outros países em outros tempos. Essa intervenção na economia, de forma branda ou de forma passageira, episódica como houve na Alemanha antes da guerra e, de novo, no pós-guerra, é uma forma de intervenção que passa pelo nosso território de maneira mais branda do que passou por outros Estados, como por exemplo, a ex-União Soviética, mas também é uma forma de intervenção. As intervenções vêm ocorrendo no Brasil de modo a transformá-lo em desaguiador das várias diretrizes que podem se apresentar no campo do enfoque da ciência de direção econômica da sociedade. Não é por acaso que um teórico importante da matéria, o Prof. Washington Peluzo de Souza, se preocupa em várias passagens em seu livro com a questão da ideologia. A ideologia vem a nortear realmente a dimensão da intervenção na atividade econômica.
- 24 - Para nós, essa intervenção na atividade econômica tem se mostrado candente em alguns problemas trazidos à jurisdição nacional. Os problemas que podem ser encaixados nos dispositivos dos artigos 170 a 192 da Constituição Federal, sem contar a parte tributária, que “*latu sensu*” é claro que é uma questão econômica também, mas para ficar exclusivamente no capítulo da Ordem Econômica Financeira, os problemas que têm frequentado os nossos Tribunais lidam com assuntos dos mais diversos, desde a questão propriamente econômico-financeira, até os problemas de política urbana, problemas de políticas agrícola, fundiárias, reforma agrária, ou, ainda, do sistema financeiro nacional.
- 25 - Temos aqui um Estado interventivo, um Estado um tanto quanto à procura ainda do limites em que vai realizar a sua intervenção, e um Estado a provocar casos em grande quantidade para a atividade jurisdicional. Procurei levantar alguns casos em que tem sido frequente a invocação da atividade jurisdicional, sem trazer o resultado de cada um desses casos, porque cada um desses casos evidentemente mereceria uma dedicação de pesquisa imensa e uma exposição que daria muito mais do que um seminário só para isso. Lembremo-nos de que ontem nós tivemos um painel inteiro girando sobre sigilo bancário, que é uma questão que lida com um, dois dispositivos. Aqui é um feixe cujos gravetos realmente não há como recolher rapidamente.
- 26 - Com relação aos planos econômicos que mexem na moeda, os Planos Cruzado, Verão, Collor Um, Collor Dois, e agora a antevisão do Plano Fernando

Henrique Cardoso, FHC, o Plano da URV. Aqui no campo das medidas liminares, seja por intermédio do mandado de segurança, seja por intermédio das ações cautelares, houve pretensões a receber as diferenças expurgadas em caráter satisfativo. A atividade jurisdicional, inclusive de Primeira Instância, recusou, em regra, essa pretensão.

- 27 -Uma questão oriunda dos termos da Constituição Federal: os juros de 12%, do artigo 192, parágrafo terceiro. As medidas se pretenderam no sentido do não-pagamento, de se assegurar a quitação das dívidas com a reserva do que sobeja aos juros de 12% calculados em razão de dispositivo constitucional.
- 28 -As “tablitas”, com repercussão profunda no mercado financeiro.
- 29 -Privatizações. No tocante às privatizações, as cautelares têm se manifestado, felizmente em não tão grande quantidade, porque também não é tão grande o número de privatizações, mas com uma angústia, e com uma violência política invejáveis, principalmente no tocante à utilização das chamadas moedas podres. Que moedas devem ser admitidas na realização dos leilões de privatização?
- 30 -Devem surgir ainda mais, questões referentes aos controles de preços. Hoje em dia se amenizou um pouco isso com a utilização das câmaras setoriais. Essas câmaras setoriais, na verdade fazem lembrar um pouco aquela jurisdição francesa de arbitragem entre setores de atividade econômica num campo em que o nosso legislador acabou descobrindo uma fusão com a idéia dos Conselhos, que é uma idéia política muito forte para a atualidade.
- 31 -Com relação a créditos privilegiados, os créditos que passaram a ter um tratamento beneficiado em razão da Constituição Federal, lembro-me de que chegou haver medidas cautelares para obter o direito de pagar as dívidas, com expurgo da correção monetária, em razão do artigo 47 do Ato das Disposições Transitórias na Constituição Federal. Não prevaleceu na jurisprudência, mas houve tentativa nesse sentido.
- 32 -O velho problema do empréstimo compulsório está, em grande parte, já julgado, mas ainda sem receber, dependendo dos precatórios judiciais que são caso à parte, ante o disposto no artigo 100 da Constituição Federal. É um desses assuntos que exigem a descoberta de solução que nem mesmo se entrevê, pois lida com a questão dos débitos públicos.
- 33 -Muito importante, recentemente, foi a questão do bloqueio de ativos financeiros, Plano Collor, e aqui as liminares de mandado de segurança, ou cautelares, tiveram sentido evidentemente satisfativo, eram de jurisdição exauriente as liminares que foram realmente concedidas.
- 34 -No âmbito dos financiamentos à habitação, diante do desequilíbrio contratual surgido nos contratos de financiamento da habitação, nós temos um fenômeno novo, e de uma riqueza de análise, que merece uma reflexão muito mais profunda. E inclusive é muito interessante isso, porque, quando pensamos nos

planos de equivalência salarial, nós temos aqui um desequilíbrio contratual imposto pelas condições de pagamento do devedor, o que não é normal em matéria de desequilíbrio contratual. A nossa análise de desequilíbrio contratual, geralmente ocorre à custa do disparo de preços que vem a onerar o valor total da dívida. Aqui não é apenas isso. Com relação à equivalência salarial, há uma paralisação do ganho atinente a uma das partes contratantes uma espécie de imprevisão no lado das condições do devedor, em vez de puro e simples disparo de elevação de preço.

- 35 -É muito séria a questão de compensação dos débitos fiscais com Finsocial. Essa compensação é uma questão que vai assolar os Tribunais Federais com todo o vigor porque no momento em que se decidiu que o Finsocial não poderia onerar além de um percentual de meio por cento, tem-se o surgimento das pretensões no sentido de compensar aquilo que foi pago a mais, com novos créditos tributários. E o que temos aqui? Temos novamente uma pretensão satisfativa, os Tribunais, alguns de São Paulo, estão condicionando de uma forma muito engenhosa essa satisfatividade brechando-a por intermédio da suspensão do efeito da compensação. Admite-se a compensação, mas condiciona-se o efeito para a verificação posterior para saber quanto que é a dimensão da compensação. Não se obriga o contribuinte a pagar novamente, mas se deixa paralisada a questão em torno de providência cautelar. Mas novamente, no fundo, o que temos aqui é tentativa de fuga dos precatórios judiciais, porque sem a compensação, repetição do indébito, se fosse rápido, resolveria esse problema com toda a tranqüilidade, sem a necessidade da busca desse novo caminho.
- 36 -As questões de reajustes: tivemos por exemplo, questões de reajustes de consórcios, sempre em razão de intervenção na atividade econômica a mexer naquela equação contratual, aumentando preços, ou estendendo prazos de duração.
- 37 -E sem falar, mais alguns pontos que eu vou enumerar muito rapidamente: a) O eterno problema das mensalidades escolares; b) a questão atinente ao sigilo bancário, que agora se equaciona melhor, mas que produz efeito na atividade econômica e gera pedido de liminares; c) utilização de cautelares para dar efeitos suspensivos a recurso, o que, sem dúvida é uma novidade; d) temos também o desenvolvimento das contra-cautelares, como o depósito garantidor, até no mandado de segurança, o que nos padrões teóricos, clássicos do mandado de segurança, indispensável.
- 38 -Vim, na verdade, trazer um esboço da generalidade, evidentemente, e trazer uma idéia de como os institutos processuais migram de um para outro, quais as restrições que vieram a ser construídas no campo do mandado de segurança, e como estão agora sendo aplicadas relativamente às medidas cautelares.
- 39 -Aliás, não quero deixar de salientar uma coisa que aqui é importante: todos querem “liminar”, todos querem um “direito a liminares”, tanto que se inventaram as liminares em medida cautelar fiscal. A medida cautelar fiscal é

o desejo de participação do próprio Fisco também, esse direito novo das liminares pro-fisco é a Lei 8347 de 1992.

40 -Como será o desenvolvimento ulterior da matéria, qual será a solução a ser dada em definitivo? Isso nós não temos evidentemente condições de antecipar.

Muito obrigado.